

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA LIBERTAD DE CONCIENCIA EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL (I)

José María Contreras Mazario

Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: *Introducción. 1. Aproximación conceptual. 1.1. Pluralidad terminológica. 1.2. Naturaleza jurídica. 1.3. Concepto y caracteres.*

Introducción



RAS dieciséis años de la entrada en vigor de la Constitución española ¹ es posible, siquiera sea brevemente, formular algunas consideraciones sobre el concepto y alcance del derecho o derechos genéricos garantizados en el artículo 16 de la misma, y en concreto sobre el derecho está en el centro que, a mi entender, el citado precepto constitucional ¹, y que no es otro que el derecho a la libertad de conciencia ².

¹ Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 (BOE núm. 311, de 29 de diciembre). En adelante, CE.

² Cfr. D. LLAMAZARES: *Derecho Eclesiástico del Estado. Derecho de la libertad de conciencia*, 1.^a ed., Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1989, pp. 13 y ss., y 2.^a ed., revisada, 1991.

Para ello es posible contar con un importante elenco de decisiones del Tribunal Constitucional ³ con las que este Alto Órgano ha ido definiendo, no siempre de manera uniforme, el concepto y ámbitos de aplicación del derecho a la libertad de conciencia ⁴.

A tal fin, se abordarán en las siguientes páginas los principales problemas que en nuestro ordenamiento jurídico suscita en la actualidad el derecho a la libertad de conciencia, y que son, en primer lugar, la definición del concepto y la naturaleza jurídica de tal derecho, tarea ésta que presenta la dificultad derivada de la pluralidad y ambigüedad terminológica tanto del artículo 16 de la CE ⁵, como de los términos empleados bien por el propio TC ⁶, bien por la doctrina ⁷; en segundo lugar, los ámbitos de su aplicación

³ En adelante, TC.

⁴ Una recopilación de todas las decisiones del TC relacionadas con el Derecho Eclesiástico se ha efectuado en el libro de R. RODRIGUEZ CHACON: *El factor religioso ante el Tribunal Constitucional*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1992.

⁵ Artículo 16.1 de la CE: «Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley». Este artículo ha sido desarrollado por la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa (BOE núm. 177, de 24 de julio).

⁶ El TC ha empleado principalmente los siguientes términos para referirse al derecho reconocido en el artículo 16 de la CE, a saber: a) *derecho a la libertad religiosa*: STC núm. 5/1981, de 13 de febrero, fundamento jurídico 7 (cit. *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 1981, p. 75); STC núm. 53/1985, de 11 de abril, fundamento jurídico 14, párrafo 4 (*ibid.*, 1985, vol. I, p. 603), y STC núm. 64/1988, de 12 de julio, fundamento jurídico 1, párrafo 4 (*ibid.*, 1988, vol. II, p. 87); b) *derecho a la libertad de pensamiento*: STC núm. 19/1985, de 13 de febrero, fundamento jurídico 2 (*ibid.*, 1985, vol. I, p. 202); c) *derecho a la libertad de conciencia*: STC núm. 15/1982, de 23 de abril, fundamento jurídico 6, párrafo 5 (*ibid.*, 1982, p. 152), y STC núm. 19/1985, de 13 de febrero, fundamento jurídico 2 (*ibid.*, 1985, vol. I, p. 202); c) *derecho a la libertad ideológica*: STC núm. 5/1981, de 13 de febrero, fundamento jurídico 7 (*ibid.*, 1981, p. 75); STC núm. 53/1985, de 11 de abril, fundamento jurídico 14, párrafo 4 (*ibid.*, 1985, vol. I, p. 203); STC núm. 64/1988, de 12 de julio, fundamento jurídico 1, párrafo 4 (*ibid.*, 1988, vol. II, p. 87); STC núm. 20/1990, de 15 de febrero, fundamento jurídico 3 (*ibid.*, 1990, vol. I, p. 221); STC núm. 120/1990, de 27 de junio, fundamento jurídico 10 (*ibid.*, 1990, vol. I, pp. 723-724), y STC núm. 137/1990, de 19 de julio, fundamento jurídico 8 (*ibid.*, 1990, vol. III, pp. 205-206); d) *derecho a la libertad de ideas y creencias*: STC núm. 53/1985, de 11 de abril, fundamento jurídico 8 (*ibid.*, 1985, vol. I, p. 598), y e) *derecho al culto*: STC núm. 64/1988, de 12 de julio, fundamento jurídico 1, párrafo 4 (*ibid.*, 1988, vol. II, p. 87).

⁷ La doctrina española, por su parte, ha utilizado esencialmente los términos siguientes: a) *derecho a la libertad religiosa*: J. A. ALONSO DE ANTONIO: «La libertad religiosa en la Constitución», en *Revista de Derecho de la Universidad Complutense*, monográfico núm. 2 (1979); J. J. AMOROS AZPILICUETA: *La libertad religiosa en la Constitución española de 1978*, Madrid, Ed. Tecnos, 1984; M. BAENA DE ALCAZAR: «Problemática y contenido de una auténtica garantía de la libertad religiosa individual y de la independencia de la Iglesia ante la Constitución», en *Salamanticensis*, 1978; J. M. CONTRERAS MAZARIO: *La asistencia religiosa a los miembros de las Fuerzas Armadas en el ordenamiento jurídico español*, Madrid, Editorial de la Univ. Complutense, 1988, vol. II, pp. 732-743; J. M. GONZALEZ DEL VALLE: «La regulación legal de la libertad

subjetiva y material, de especial interés esta última por cuanto permite definir el contenido esencial del derecho; y, por último, los límites constitucionalmente previstos respecto del derecho a la libertad de conciencia. Todo ello con la única finalidad de ofrecer una visión integrada y sistematizadora del derecho a la libertad de conciencia tal y como se configura en nuestro sistema constitucional.

1. Aproximación conceptual

A pesar de haberse reconocido y garantizado de manera expresa en la Constitución española, no se puede afirmar —sin embargo— que exista un término unívoco por el que se pueda denominar al derecho o derechos proclamados en el artículo 16. Aunque en la mayoría de las ocasiones, tanto la jurisprudencia como la doctrina, hablan de los «derechos a la libertad religiosa e ideológica»⁸, ello no ha sido óbice para que existan una pluralidad de términos referidos a los derechos reconocidos en el citado precepto constitucional. Dificultad a la que hay que añadir el hecho de que el texto normativo mencionado no haya aportado noción alguna sobre el mismo. Tampoco la jurisprudencia ni la doctrina aportan, en la mayoría de los supuestos, los criterios que les han permitido optar en favor de uno u otro término y adoptar, en consecuencia, una noción en tal sentido.

Junto a ello, la propia naturaleza de los derechos garantizados por el artículo 16 no responde a una configuración estática y perenne, sino dinámica y cambiante, lo que ha dado lugar a una pluralidad de configuraciones, que ha llevado a su encuadramiento bien dentro de los derechos cívico-políticos, bien como un derecho público subjetivo, bien como un derecho subjetivo, bien como un derecho de la personalidad.

religiosa como derecho de la persona», en *Derecho Eclesiástico del Estado español*, Pamplona, EUNSA, 1983; b) *derecho a la libertad ideológica y religiosa*: J. BENEYTO: «Comentario al artículo 16», en *Constitución española de 1978*, dir. O. Alzaga, tomo II, Madrid, EDERSA, 1984; G. PECES-BARBA: «Algunas reflexiones sobre la libertad ideológica y religiosa», en *Libertad y derecho fundamental de libertad religiosa*, Madrid, EDERSA, 1989; c) *derecho a la libertad de conciencia*: D. LLAMAZARES: *Derecho Eclesiástico del Estado...*, op. cit.; A. MARTÍNEZ BLANCO: *Derecho Eclesiástico del Estado*, Madrid, Ed. Tecnos, 1993, vol. II, pp. 77 y ss., y d) *derecho a la libertad de ideas y creencias*: J. A. SOUTO PAZ: *Derecho Eclesiástico del Estado*, 2.ª ed., revisada, Madrid, Marcial Pons, 1993.

⁸ Vid. notas 6 y 7.

En consecuencia, y en base a las dificultades apuntadas con las que el presente trabajo se enfrenta desde su comienzo, lo primero que es preciso afrontar y determinar es dónde se encuadra el presente derecho, esto es, qué da fundamento a su existencia. Ahora bien, establecer un concepto obliga, desde una adecuada metodología, al análisis de una doble función. En primer lugar, a una precisión y concreción terminológica y, en segundo lugar, a establecer su naturaleza jurídica. Se podrá así precisar cómo es considerado el derecho reconocido en el artículo 16 de la CE y en base a qué elementos constitutivos.

1.1. Pluralidad terminológica

Como ya ha señalado, el Tribunal Constitucional al igual que la doctrina utilizan una pluralidad de términos para referirse al derecho o derechos reconocidos en el artículo 16.1 CE. Los términos o acepciones más empleadas al efecto son las de libertad religiosa e ideológica⁹ —no siendo ésta exacta a la empleada por el propio artículo 16—, libertad ideológica, religiosa y de culto¹⁰ —por el contrario, éstos sí son los términos expresamente establecidos en el artículo 16.1—, libertad de conciencia y libertad de pensamiento¹¹. Cabría aún realizar una mayor especificidad terminológica por cuanto cabe una individualización de cada uno de los términos de la acepción libertad ideológica, religiosa y de culto.

Será, por tanto, preciso entrar en el análisis y concreción de todas y cada una de las libertades mencionadas, así como establecer si las hubiera las líneas de relación existentes entre cada una de ellas.

⁹ Cfr. STC núm. 5/1981, de 13 de febrero, fundamento jurídico 7 (cit. *Repertorio Aranzadi...*, op. cit., 1981, p. 75); STC núm. 53/1985, de 11 de abril, fundamento jurídico 14, párrafo 4 (*ibid.*, 1985, vol. I, p. 203); STC núm. 64/1988, de 12 de julio, fundamento jurídico 1, párrafo 4 (*ibid.*, 1988, vol. II, p. 87). En relación con la doctrina, vid. I. IBAN, L. PRIETO SANCHIS y A. MOTILLA: *Curso de Derecho Eclesiástico*, Madrid, Serv. de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1993; VV.AA.: *Derecho Eclesiástico del Estado español*, Pamplona, EUNSA, 1993.

¹⁰ Cfr. STC núm. 64/1988, de 12 de julio, fundamento jurídico 1, párrafo 4 (*Repertorio Aranzadi...*, op. cit., 1988, vol. II, p. 87). Por parte de la doctrina, vid. A. MARTINEZ BLANCO: *Derecho Eclesiástico...*, op. cit., pp. 77 y ss.

¹¹ Cfr. STC núm. 15/1982, de 23 de abril, fundamento jurídico 6, párrafo 5 (*Repertorio Aranzadi...*, op. cit., 1982, p. 152), y STC núm. 19/1985, de 13 de febrero, fundamento jurídico 2 (*ibid.*, 1985, vol. I, p. 202). En la doctrina, vid. D. LLAMAZARES: *Derecho Eclesiástico del Estado...*, op. cit., pp. 13 y ss., y L. PRIETO SANCHIS: «Sobre la libertad de conciencia», en *Libertad y derecho fundamental...*, op. cit., pp. 205 y ss.

1.1.1. A la primera de las acepciones a las que el TC ha llenado de contenido es la referida a la libertad religiosa. En su sentencia número 24/1982, de 13 de mayo, nuestro Alto Tribunal configura a la citada libertad como «un derecho subjetivo de carácter fundamental que se concreta en el reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de *agere licere* del individuo»¹², pero al mismo tiempo también como un principio informador básico de nuestro sistema constitucional en materia religiosa junto con los principios del pluralismo, la igualdad y la aconfesionalidad o laicidad del Estado español¹³. En dicha sentencia el TC se inclina por el derecho a la «libertad religiosa», con el fin de dar solución a la cuestión origen del recurso, y que estaba referida a la asistencia religiosa a los miembros de las Fuerzas Armadas, materia ésta que forma parte del contenido esencial del derecho mencionado, sin que cupiera a estos efectos plantear dificultad objetiva alguna.

1.1.2. El segundo de los términos empleados en el tiempo por parte del TC ha sido el de «libertad de conciencia»¹⁴, configurándolo igualmente como un derecho de naturaleza fundamental¹⁵. Aunque no es éste un término que aparezca expresamente recogido en nuestro Texto constitucional, tampoco debe entenderse como una acepción absolutamente desconocida ni para nuestro Derecho¹⁶ ni para la doctrina¹⁷. Muy al contrario, la presente acepción se ha empleado principalmente en los supuestos de protección del derecho a la objeción de conciencia (art. 30.2 CE)¹⁸, expresándose incluso por el propio TC la conexión que existen entre ambos derechos:

[...], la objeción de conciencia constituye una especificación de la libertad de conciencia, la cual supone no sólo el derecho a formar libremente

¹² STC núm. 24/1982, de 13 de mayo, fundamento jurídico 1 (cit. en *Repertorio Aranzadi...*, op. cit., 1982, p. 229).

¹³ En este sentido, vid. STC núm. 5/1981, de 13 de febrero, fundamento jurídico 9 (cit. en *Repertorio Aranzadi...*, op. cit., 1981, p. 78), y STC núm. 24/1982, de 13 de mayo, fundamento jurídico 1 (*ibid.*, 1982, p. 229).

¹⁴ En este sentido, vid. STC núm. 15/1982, de 23 de abril, fundamento jurídico 6 (*Repertorio Aranzadi...*, op. cit., 1982, p. 152), y STC núm. 19/1985, de 13 de febrero, fundamento jurídico 2 (*ibid.*, 1985, vol. I, p. 202).

¹⁵ *Ibidem.*

¹⁶ Por poner sólo un ejemplo, el Código Penal de 1932 regulaba dentro de la sección 3.ª del capítulo II, denominado «Delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos individuales garantizados por la Constitución», los «delitos relativos a la libertad de conciencia y libre ejercicio de los cultos».

¹⁷ Dentro del mismo ámbito penal, vid. J. TERRADILLOS: «Protección penal de la libertad de conciencia», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 69 (1983), pp. 139-162.

¹⁸ En este sentido, STC núm. 15/1982, de 23 de abril, fundamento jurídico 6 (*Repertorio Aranzadi...*, op. cit., 1982, p. 152).

la propia conciencia, sino también a obrar de modo conforme a los imperativos de la misma ¹⁹.

En consecuencia, una primera aproximación nos llevaría a entender que con el término «libertad de conciencia» se está haciendo referencia a ese ámbito interno de los individuos que debe estar protegido para la libre formación de la personalidad, tal y como lo reconoce el artículo 10.1 CE.

1.1.3. El tercero de los términos es el de «libertad de pensamiento», y aunque no es un término empleado muy asiduamente por el TC, ya que sólo se ha ampliado en muy contadas ocasiones ²⁰, su referencia se ha realizado además de con supuestos vinculados con el ejercicio del derecho a la libertad religiosa, como modalidad, junto con la libertad de conciencia, comprendida dentro del contenido del artículo 16 CE ²¹.

1.1.4. Señaladas muy someramente las acepciones más importantes a las que ha hecho referencia el TC a la hora de interpretar el art. 16 de la CE, debe plantearse —a continuación— la relación existente entre los derechos en cuestión. En este sentido, una primera constatación, que podría hacerse es la referida al hecho de que la libertad de conciencia aparezca reconocida, aunque no de manera exclusiva ²², como una realidad más próxima al derecho de libertad ideológica ²³, mientras que —por su parte—, la libertad de pensamiento lo hace respecto del derecho a la libertad religiosa ²⁴.

No obstante, la doctrina sentada por el TC hasta la actualidad no permite elevar a definitiva dicha afirmación. En cuanto a la doctrina, una gran parte de la misma, partiendo de una perspectiva que puede ser calificada de excesivamente exegética y literal, se ha manifestado a favor de una posición más favorable a considerar que el derecho garantizado por el precepto constitucional es el derecho a la libertad religiosa e ideológica ²⁵. Tal configuración plantea el problema referido al papel que juega dentro del ámbito mencionado la libertad ideológica, ya que respecto de la libertad de culto —que es el tercero

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Cfr. STC núm. 19/1985, de 13 de febrero, fundamento jurídico 2 (cit. en *Repertorio Aranzadi...*, *op. cit.*, 1985, vol. I, p. 202).

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibidem*.

²³ STC núm. 15/1982, de 23 de abril, fundamento jurídico 6, párrafo 5 (cit. en *Repertorio Aranzadi...*, *op. cit.*, 1982, p. 152).

²⁴ En este sentido, *vid.* STC núm. 19/1985, de 13 de febrero, fundamento jurídico segundo (*ibid.*, 1985, vol. I, p. 202).

²⁵ Cfr. J. BENEYTO: «Comentario al artículo 16», en *Constitución...*, *op. cit.*, pp. 333-374; I. IBAN, L. PRIETO SANCHIS y A. MOTILLA: *Curso de Derecho Eclesiástico*, *op. cit.*, pp. 184-189; G. PECES-BARBA: «Algunas reflexiones...», *op. cit.*, pp. 70 y ss.; VV.AA.: *Derecho Eclesiástico...*, *op. cit.*

de los términos empleados en el precepto constitucional—, y aunque no se puede olvidar que se trata de un derecho con contenido distinto, no cabe tampoco la menor duda de su relación directa, e incluso subordinada, respecto de la libertad religiosa.

En este sentido, la relación se ha planteado básicamente respecto de la problemática de los ateos o agnósticos y su inclusión o no como sujetos en el ámbito subjetivo del derecho de libertad religiosa. Pues bien, respecto de la presente cuestión podemos encontrar en la doctrina un doble posicionamiento: por un lado, la de aquellos autores que consideran que el ateísmo queda al margen del ámbito subjetivo del derecho a la libertad religiosa ²⁶ y, por el otro, los que se manifiestan a favor de la inclusión de los ateos dentro del mencionado ámbito subjetivo de aplicación ²⁷.

²⁶ En la doctrina italiana, *vid.* A. ORIGONE: *La libertà religiosa e l'ateismo*, Trieste, 1950, para quien partiendo de que el derecho a la libertad religiosa tiene por objeto la religión, el ateísmo queda fuera del concepto de «religión» y, por lo tanto, fuera del marco de protección que el ordenamiento prevé para lo «religioso»; P. A. D'AVACK: *Trattato di Diritto ecclesiastico italiano*, 2.ª ed., Milán, Ed. Giuffrè, 1978, para quien «la libertà religiosa è la libertà garantita dello a ogni cittadino di scegliere e praticare la propria credenza e fatti di religione» (p. 400); y A. RAVA: *Contributo allo studio dei diritti individuali e collettivi di libertà religiosa*, Milán, Ed. Giuffrè, 1959, para quien «se mediante i diritti di libertà viene favorito lo sviluppo della persona umana, la tutela della libertà religiosa non può vedersi primariamente come tutela della religione per ciò che essa vale per gli individui, bensì come tutela di uno dei mezzi mediante i quali è favorito appunto lo sviluppo della persona umana» (pp. 31-32) y concluye, en pura coherencia interna, que el ateísmo no puede reconducirse al derecho de libertad religiosa porque es la antirreligión (p. 45). Mientras que en la doctrina española, *vid.* J. FORNÉS: *La ciencia canónica*, para quien la libertad religiosa no puede entenderse como una libertad de opción ante la religión, como la posibilidad de otorgar una respuesta positiva por parte del creyente o una respuesta negativa por parte del ateo, ya que si fuera así el derecho de libertad religiosa perdería su tipicidad para convertirse en un derecho más genérico de libertad ideológica o de pensamiento; dejaría de ser un derecho de libertad cultural para serlo, simplemente, de libertad cultural (pp. 394-395).

²⁷ En la doctrina italiana, *vid.* P. FEDELE: *La libertà religiosa*, Milán, Ed. Giuffrè, 1963, para quien, refiriéndose al concepto jurídico de libertad religiosa, señala que «il cui concetto rappresentato non già dalla determinazione positiva di tutto quanto costituisce il contenuto di questa essenziale ed insopprimibile prerogativa della personalità umana, ma dalla considerazione di due elementi negativi, cioè dei limiti al di là dei quali il suo non può essere spinto e del divieto per gli universi cives e per lo Stato di turbare il suo esercizio entro questi limiti» (p. 15), a partir del cual llega a la conclusión de que la libertad religiosa es la facultad que tiene cada individuo de creer en lo que le guste o de no creer en nada (p. 16); P. BELLINI: «El pluralismo de opciones sobre el hecho religioso y el objeto del derecho de libertad religiosa», en *Revista de Derecho Público*, 1983, para quien la libertad religiosa abarca no sólo la libertad de religión en sentido propio y estricto, sino también la libertad hacia la religión o de la religión (p. 40) y, por tanto, en la exigencia de llevar la protección hacia el mismo momento formativo del sentimiento religioso (p. 123-127) y, en consecuencia, lleva a un primer plano no tanto la libertad de las personas para exteriorizar el propio sentimiento religioso (o arreligioso o irreligioso), cuanto su libertad de formar dentro de sí mismos convicciones personales en materia de religión (p. 133); C. CARDIA: *Ateismo e libertà religiosa nell'ordinamento giuridico, nella scuola, nell'informazione, dall'unità ai giorni nostri*, Bari, 1973, para quien la libertad religiosa es el derecho inviolable de la persona humana a la formación crítica de la propia conciencia (p. 99) y, por tanto, la

A estos efectos, entiendo que una posición más acorde con nuestro Texto Constitucional es la de entender que la libertad ideológica, en tanto que derecho origen de la protección de posiciones personales que también se plantean el acto de fe, adquiere un papel y una relevancia especiales al entrar a formar parte material del derecho garantizado en el artículo 16 de la CE. Desde este planteamiento no cabe duda que el derecho que está en el origen no puede ser otro más que el derecho a la libertad de conciencia, ya que es éste el que garantiza el ámbito de libertad necesario para formar nuestra propia conciencia, dentro del cual una de las preguntas claves para su formación será la del acto de fe, pero además supone el establecimiento de un ámbito de libertad que nos permita actuar y obrar de conformidad con los imperativos de la misma²⁸. En esta línea, el profesor Llamazares ha precisado que «libertad ideológica y libertad religiosa no son dos especies del mismo género, libertad de conciencia, ya que una es subespecie de la otra. (...) [C]onceptualmente la libertad religiosa es una subespecie de la libertad ideológica y, por tanto, contenida en ella»²⁹. Ello supone una importante consecuencia desde el punto de vista de su regulación jurídica, ya que como ha puesto de manifiesto el citado autor, «la regulación del derecho de libertad ideológica será el *Derecho común* y la del derecho de libertad religiosa el *Derecho especial*»³⁰.

religión debe tener un sentido omnicompreensivo por la que se garantiza al sujeto la elección autónoma y consciente entre convicciones religiosas o creencias no religiosas (cit. en «Società civile e diritto de libertà», en *Teoria e prassi delle libertà religiosa*, Bolonia, Ed. Il Mulino, 1975, pp. 23-25). En España, el autor más representativo es I. IBAN: «Grupos confesionales atípicos en el Derecho eclesiástico español vigente», en *Estudios de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico en homenaje al Profesor Maldonado*, Madrid, Pub. Universidad Complutense, 1983, para quien el ateísmo forma parte de la libertad religiosa, ya que para que exista una auténtica libertad religiosa es necesario, como un *prius* incontrovertible, el que exista una plena libertad individual a la hora de adoptar una decisión en materia de fe y, por tanto, ésta sólo se puede lograr con la plena libertad (religiosa) no sólo para las manifestaciones de religiosidad positiva, sino también para las de carácter negativo (ateísmo) y, en consecuencia, esa circunstancia es objeto de la libertad religiosa precisamente por y para lograr la libertad religiosa (pp. 278-279).

²⁸ Cfr. P. J. VILADRICH: «Ateísmo y libertad religiosa en la Constitución Española de 1978», en *Revista de Derecho Público*, 1983, para quien el derecho de libertad religiosa protege, para el creyente, la libertad del acto de fe y la libertad de culto y la práctica estrictamente calificable de religiosa, mientras que todo el conjunto cultural, teológico-filosófico, estético, ideológico y moral, así como su enseñanza y difusión académica, no es culto y práctica religiosa sino materia del derecho de libertad de pensamiento y de conciencia y, por tanto, lo que el agnosticismo y el ateísmo tienen de ejercicio libre y propio del acto de fe es un bien o valor reconocido por el derecho de libertad religiosa, mientras que lo que contiene de sistema ideológico y ético (su libre manifestación, el vivir en consecuencia con sus opciones, enseñarlas, difundirlas, individual, asociada o institucionalmente, en público o en privado) es materia de los derechos de libertad de pensamiento o ideológica y de libertad de conciencia (pp. 83-84).

²⁹ D. LLAMAZARES: *Derecho Eclesiástico...*, op. cit., p. 14.

³⁰ *Ibidem*.

Frente a esta configuración, se ha objetado que el mencionado derecho no aparece literalmente garantizado en norma jurídica alguna, ni tan siquiera de manera indirecta, por lo que se manifiestan a favor de una interpretación de la jurisprudencia del TC de reconocimiento del derecho a la libertad religiosa³¹, e incluso en algunos casos pretenden incluir la primera de las categorías en la segunda, esto es, la consideración de la libertad ideológica como subespecie de la libertad religiosa³², proyectando lo dicho respecto de la libertad religiosa a los no creyentes.

Sin embargo, debe precisarse que tal ausencia no supone, a mi entender, el no reconocimiento y garantía del derecho a la libertad de conciencia, sino más bien responde a la consideración por parte de un Estado social y democrático de Derecho de que el mismo entra en el ámbito interno de la libre formación de la personalidad, ámbito en el que ni los poderes públicos ni terceros son competentes para intervenir, ni tan siquiera para su jurisdicción, por su dificultad de control. En consecuencia, la función de tutela a los ciudadanos por parte del Estado y su ordenamiento jurídico deberá producirse únicamente respecto de un control indebido.

Son, por tanto, sus manifestaciones externas más importantes, las cuales sí precisan de juridicidad para su pleno y real aplicación y ejercicio, donde se ha establecido el reconocimiento y garantía expresa por parte de la Constitución en su artículo 16, esto es, en la libertad religiosa y en la libertad ideológica. La libertad religiosa en tanto que garante de un ámbito de libertad y de una esfera de *agere licere* que permiten, tanto a los individuos como a los grupos donde éstos se integran, la actuación y manifestación de todas aquellas opciones teístas, mientras que la libertad ideológica como derecho de un ámbito de libertad, también de los individuos y de los grupos, que integra aquellas manifestaciones externas de las posiciones ateas o agnósticas. Y ello para que —por presión del principio de igualdad— no se produzca una distinción de trato entre uno y otro grupo de individuos basado únicamente en su distinta posición ante el mismo ámbito de libertad que supone la libre formación de la conciencia. En consecuencia, se puede señalar que el derecho de libertad de conciencia no sólo está en el origen del artícu-

³¹ Cfr. A. C. ALVAREZ CORTINA: *El Derecho eclesiástico español en la jurisprudencia postconstitucional (1978-1990)*, Madrid, Ed. Tecnos, 1991, pp. 24-25; D. TIRAPU MARTÍNEZ: «Interpretaciones de la Constitución y libertad religiosa», en *Anuario de Derecho eclesiástico*, vol. V (1989), pp. 109 y ss.

³² Cfr. J. HERVADA: «Libertad de conciencia y error sobre la moralidad de una terapéutica», en *Persona y Derecho*, núm. 11 (1984), pp. 30 y ss.

lo 16.1 de la CE, sino que se convierte —como ha precisado Llamazares— «en el derecho fundamental básico de [nuestro] sistema democrático»³³.

Apuntada la pluralidad terminológica existente al respecto, y optando por entender que el derecho que está en el centro del precepto constitucional es el derecho a la libertad de conciencia, abordaré a continuación la temática de la naturaleza jurídica a fin de precisar el tipo de derecho ante el que nos encontramos.

1.2. Naturaleza jurídica

Una vez establecido el derecho reconocido en el artículo 16.1 CE y su relación con las manifestaciones más significativas del mismo integradas en dicho precepto, es necesario precisar en el presente apartado su configuración en nuestro ordenamiento jurídico.

En este sentido, debemos —en primer lugar— llamar la atención sobre la diversidad de soluciones o categorías jurídicas que al respecto se han ido dando o se dan bien desde una perspectiva estrictamente normativo, bien desde un punto de vista doctrinal. A tal efecto, de la jurisprudencia del TC pueden deducirse una serie de categorías atribuidas al presente derecho, que podemos simplificar en tres, a saber:

- a) La libertad de conciencia como derecho subjetivo.
- b) La libertad de conciencia como derecho fundamental, y
- c) La libertad de conciencia como garantía positiva.

1.2.1. La libertad de conciencia como derecho subjetivo

Esta configuración como derecho otorga a la libertad de conciencia una *facultas agendi* en favor de los individuos o mejor de las personas, esto es, supone el reconocimiento de una autorización por parte de la norma para exigir de los demás una determinada conducta³⁴. A tenor de esta concepción, la libertad de conciencia es considerada como un derecho subjetivo que no puede ser limitado indiscriminadamente y que ha de ser garantizado por los poderes públicos.

³³ D. LLAMAZARES: *Derecho Eclesiástico...*, op. cit., p. 16.

³⁴ Cfr. F. de A. CONDOMINES y J. M. POU DE AVILES: Voz «Derecho», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, vol. I, p. 28.

Sin embargo, desde esta perspectiva el presente derecho se reconoce sólo respecto de un plano individual, lo que plantea su relevancia desde un plano colectivo, variantes ambas que deberán ser analizadas a continuación. En primer lugar, como derecho subjetivo individual, la libertad de conciencia supone el reconocimiento a toda persona de una *facultas agendi* y del correspondiente ámbito de inmunidad, al tiempo que implica para los poderes públicos la obligación correlativa de establecer mecanismos de tutela en favor de la misma, así como respecto de terceros la obligación de respetar dicho ámbito de inmunidad. En consecuencia, el reconocimiento de este derecho a toda persona conlleva, al mismo tiempo, el deber para los sujetos pasivos de hacer lo que se le ordena, o bien el de omitir lo que se le prohíbe. Por tanto, mientras que respecto de este derecho sus titulares son, y deben ser, jurídicamente libres, por lo que se refiere al deber jurídico que conlleva el obligado no es, ni puede ser, jurídicamente libre. Así pues, la libertad de conciencia podemos calificarla, por tanto, como un derecho de libertad de toda persona entendida como una *facultas agendi* que conlleva como correlato el deber jurídico de exigir, tanto respecto de los poderes públicos como de terceras personas, ciertas conductas, bien de carácter positivo bien negativo.

En segundo lugar, y aunque no cabe la menor duda que la mayoría de los derechos fundamentales suponen una facultad reconocida tanto en el plano individual como en el colectivo, y por tanto son igualmente titulares de estos derechos las personas como los grupos donde éstas se integran, la duda surge respecto de la libertad de conciencia, por cuanto respecto de su plano más íntimo no cabe atribuir dicha facultad al ámbito colectivo toda vez que la misma resulta incompatible con un posible reconocimiento a ese nivel. Lo que se plantea entonces es la posibilidad de reconocer o no un derecho en favor de un grupo para la libre formación de su conciencia. A mi entender, cuando de lo que se trata es de garantizar el ámbito interno de la conciencia, ésta sólo se puede predicar de la persona física, y es la propia persona la que da carta de naturaleza al grupo. En consecuencia, ese ámbito íntimo de la conciencia, de difícil control por parte del Estado y su Derecho salvo en los modelos confesionales, sólo puede suponer un ámbito de libertad respecto de las personas, pero no respecto de los grupos, los cuales no podrán reclamar para sí un ámbito de libertad en tal sentido.

Ahora bien, ello no puede interpretarse en favor de la exclusión de toda posibilidad de reconocer un ámbito colectivo de este derecho, ya que —como tendré ocasión de poner de manifiesto con posterioridad— tanto desde

el plano de la libertad ideológica como desde el de la religiosa se reconoce al ámbito colectivo como titular igualmente de estos derechos. Así, mientras que la libertad ideológica conlleva la garantía de la libertad política y sindical, que en el plano colectivo supone el reconocimiento de los partidos políticos y de los sindicatos, respectivamente, la libertad religiosa, por su parte, conlleva la garantía de la libertad de culto, lo que desde un plano colectivo supone el reconocimiento de las iglesias, confesiones y comunidades religiosas.

1.2.2. La libertad de conciencia como derecho fundamental

La libertad de conciencia es configurada además, tal y como lo ha precisado el propio TC, como un derecho subjetivo de carácter fundamental ³⁵. Ya se ha matizado en el apartado anterior que supone para nuestro ordenamiento su consideración como derecho subjetivo, por lo que en este apartado me limitaré a precisar su carácter como derecho fundamental. Carácter que, sin lugar a dudas, otorga a los derechos de tal naturaleza unos caracteres de especificidad que permite diferenciarlos de las demás categorías de derechos, por lo que su inclusión en la misma debe ser puesta suficientemente de relieve.

Se ha intentado a efectos de concreción del ámbito material de los derechos fundamentales utilizar distintos criterios que permitieran determinar caso por caso cuándo un derecho podía ser calificado de fundamental y cuándo no, al tiempo que los mismos les otorgan carta de naturaleza. A tales efectos, no tendré en cuenta los posibles posicionamientos doctrinales basados únicamente en una interpretación filosófica o ideológica de los mismos, sino que partiré de la propia doctrina sentada a estos efectos por nuestro Alto Tribunal. En este sentido, lo que debe precisarse es qué derechos pueden incluirse dentro de la categoría de fundamentales, y cuáles han sido los criterios utilizados por el TC para su inclusión y cuáles los de exclusión.

A tal efecto, cabe señalar que uno de los criterios mayormente aceptados para calificar qué derechos debían estar encuadrados dentro de la categoría de fundamentales era el establecido en el artículo 53.2 CE por el cual sólo eran contenido del recurso de amparo los derechos calificados de fundamentales. Sin embargo, tal criterio no ha sido acogido con carácter general

³⁵ STC núm. 24/1982, de 13 de mayo, fundamento jurídico 1 (*Repertorio Aranzadi...*, op. cit., 1982, p. 229).

y único por el TC, quien al referirse a la objeción de conciencia al servicio militar precisa que «se trata de un derecho constitucional reconocido por la Norma suprema en su artículo 30.2, protegido, si, por el recurso de amparo (artículo 53.2), pero cuya relación con el artículo 16 (libertad ideológica) no autoriza ni permite calificarlo de fundamental»³⁶.

El segundo de los criterios utilizados es la referencia al artículo 81 CE, y más concretamente de la Ley Orgánica como forma de producción normativa de los derechos fundamentales. Sin embargo, debe señalarse que en dicho precepto se hace referencia no sólo a los derechos fundamentales, sino también a las libertades públicas, lo que puede llegar a plantear la cuestión de una posible distinción conceptual entre una y otra categoría. A los efectos presentes debe precisarse, no obstante, que su posible distinción no tiene consecuencia jurídica que deba o pueda ser resaltada en este momento, por cuanto el ámbito material al que hace referencia el artículo 81 respecto de la Ley Orgánica sólo afecta a los derechos y libertades incluidos en la sección 1.ª del capítulo II del título I de la CE, dentro de cuyo ámbito aparece incluida la libertad de conciencia, lo que supone como consecuencia más directa que la misma deba ser regulada, y de hecho así se ha realizado respecto de la libertad religiosa³⁷, por Ley Orgánica, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial (art. 53.1 CE).

Un tercer criterio a sumar a las dos anteriores es el referido a la irrenunciabilidad de este tipo de derechos como posición jurídica indiscutible, así como su privación tanto respecto del derecho mismo como en relación a su ejercicio³⁸. En este sentido, el TC ha sido categórico al afirmar que «la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano»³⁹, ni tampoco puede suponer su renuncia de antemano a ejercer en un determinado sentido cualquier derecho o libertad fundamental ni la exigencia de su adhesión a la visión del mundo de la empresa, así como todo compromiso de uniformarse a una determinada ideología en la ejecución de la prestación laboral, por lo que disposiciones,

³⁶ STC núm. 160/1987, de 27 de octubre, fundamento jurídico 3. En contra, L. PRIETO SANCHIS y M. GASCON: «Los derechos fundamentales, la objeción de conciencia y el Tribunal Constitucional», en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 5 (1988-1989), p. 97.

³⁷ Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa (BOE núm. 177, de 24 de julio).

³⁸ Cfr. STC núm. 76/1990, de 16 de abril, fundamento jurídico 7.

³⁹ STC núm. 88/1985, de 19 de julio, fundamento jurídico segundo, párrafo 1.

cláusulas, pactos y decisiones en tal sentido deberán reputarse nulas e inexistentes al constituir un supuesto de renuncia a derechos indisponibles⁴⁰.

No sucede lo mismo en relación con la posibilidad de disponibilidad de renuncia respecto del ejercicio de un derecho. En este sentido, el TC ha reconocido la posibilidad de que temporalmente se pueda renunciar al ejercicio de un derecho, incluso de carácter fundamental. En efecto, interpretando el artículo 8 del Real Decreto-ley de 4 de marzo de 1977 (relativo a la posibilidad de establecer en los Convenios Colectivos, durante su vigencia, la renuncia al ejercicio del derecho de huelga), nuestro Alto Tribunal ha declarado que «la genuina renuncia es siempre un acto definitivo e irrevocable, y que una cosa es la renuncia al derecho y otra el compromiso de no ejercerlo [renuncia de su ejercicio] a cambio de determinadas compensaciones»⁴¹.

A partir de lo precisado en las citadas sentencias se podría pensar que nos encontramos aparentemente ante dos posiciones doctrinales contrarias aceptadas ambas en la jurisprudencia del TC. Sin embargo, desde una perspectiva de estricta técnica jurídica, y en un intento de superación de la antagónica jurisprudencia mencionada, debe precisarse que la disponibilidad únicamente puede predicarse de los llamados «derechos patrimoniales», por lo que los fundamentales, en tanto no patrimoniales —y este es el caso de la libertad de conciencia—, están, por su propia estructura, desprovistos del poder de disposición⁴².

En consecuencia, y por lo que respecta al derecho a la libertad de conciencia, cabe señalar que la distinción entre renuncia al derecho y a su ejercicio resulta artificiosa, toda vez que la titularidad de un derecho fundamental debe identificarse con la posibilidad de ejercerlo. Junto a ello, debo precisar igualmente que justificar la renuncia al derecho acudiendo al argumento de la voluntariedad en el nacimiento de una relación jurídica, sea del tipo que fuere, que también libremente puede extinguirse, es moverse en el terreno de los derechos y de las libertades meramente formales.

Ahora bien, es preciso también distinguir en este momento entre irrenunciabilidad y no ejercicio temporal del derecho, ya que a pesar de lo manifestado a favor de la irrenunciabilidad de los derechos fundamentales, no por ello resulta inadmisibles que temporalmente, a causa de un vínculo derivado de la relación concreta en la que están en juego otros valores cons-

⁴⁰ Cfr. STC núm. 5/1981, de 13 de febrero, voto particular presentado por el Magistrado D. Tomás y Valiente al motivo primero de la sentencia, y STC núm. 76/1990, de 16 de abril, fundamento jurídico 7.

⁴¹ STC de 8 de abril de 1981, fundamento jurídico 4.

⁴² Cfr. F. R. BLAT GIMENO: *Relaciones...*, op. cit., p. 82.

titucionales, aquéllos experimenten constricciones⁴³. En este sentido, aunque referido a la libertad de expresión, el TC ha precisado, en su sentencia número 88/1985, de 19 de julio⁴⁴, que «la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano (...), y cuya protección queda garantizada frente a eventuales lesiones mediante el impulso de los oportunos medios de reparación (...). Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa que establece el artículo 38 del Texto Constitucional legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional»⁴⁵. Ahora bien, como también ha puesto de manifiesto nuestro Alto Tribunal, «la libertad de expresión, como cualquier otro derecho fundamental [—y, por tanto, extensible igualmente a la libertad de conciencia—], no es, sin embargo, un derecho ilimitado, estando sujeta a límites que el artículo 20.4 de la propia Constitución establece»⁴⁶.

Por último, se debe señalar que el TC se ha destacado, desde un principio, en pro del reconocimiento de una eficacia *erga omnes* de los derechos fundamentales. A tal efecto, ha subrayado que, «del carácter de la CE como norma suprema del ordenamiento, derivaba, tanto para ciudadanos como poderes públicos, la sujeción y vinculación inmediata a ella desde su entrada en vigor»⁴⁷, rechazando rotundamente que se tratara de una declaración meramente programática o un simple catálogo de principios de no inmediato cumplimiento, en tanto no fueran desarrollados legislativamente⁴⁸. Ello supone que dicha argumentación deba interpretarse en favor de una teoría de los derechos fundamentales por la cual éstos no sólo se poseen frente a los poderes públicos, sino también respecto de los particulares, lo que deriva

⁴³ Cfr. E. ALONSO GARCIA: *La interpretación...*, op. cit., pp. 372-374; MATTAROLO: «Il rapporto di lavoro subordinato nelle organizzazioni di tendenza», en *Profili generali*, Padua, 1983, pp. 50-51; ROMBOLI: «Libertà d'insegnamento e organizzazione di tendenza», en *Il Foro italiano*, vol. IV (1978), pp. 318-319.

⁴⁴ *Repertorio Aranzadi...*, op. cit., 1985.

⁴⁵ Fundamento jurídico 2, párrafo 1. En esta misma línea jurisprudencial, vid. STC núm. 120/1983, de 15 de diciembre, fundamento jurídico 1.

⁴⁶ Fundamento jurídico 2, párrafo 2. En esta misma línea jurisprudencial, vid. STC núm. 120/1983, de 15 de diciembre, fundamento jurídico 2, y STC núm. 19/1985, de 13 de febrero, fundamento jurídico 1.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Ibidem*.

en el reconocimiento de una eficacia a favor de los mismos no sólo de carácter vertical sino también horizontal.

1.2.3. *La libertad de conciencia como garantía positiva*

Junto a ello, el artículo 9.2 de la CE acoge y regula una función promocional que deberán llevar a cabo los poderes públicos en favor de la libertad y de la igualdad, estableciendo que «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social». La aplicación de esta función al derecho a la libertad de conciencia supone el reconocimiento de una *facultas exigendi* dirigida en una doble manifestación: una positiva y otra negativa.

Negativamente, la función promocional del Estado consiste en la remoción de los obstáculos que impidan o dificulten el ejercicio real y efectivo del derecho a la libertad de conciencia. Así pues, los poderes públicos estarán obligados a hacer desaparecer las diferencias arbitrarias existentes entre los ciudadanos, lo que da lugar al establecimiento y reconocimiento de la no discriminación (art. 14 CE) y de la igualdad de oportunidades (art. 23.2). Mientras que en su aspecto positivo, supondrá la obligación para los poderes públicos de favorecer y establecer las condiciones necesarias para el ejercicio del derecho a la libertad de conciencia y de igualdad religiosa. En efecto, el Estado toma la iniciativa para el establecimiento de condiciones que favorezcan la plenitud de los derechos fundamentales reconocidos, y por lo que a nosotros nos interesa la plenitud del derecho a la libertad de conciencia.

Esta función surge, pues, con el llamado «Estado social y asistencial»⁴⁹ y con la aplicación y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales⁵⁰. Pero, en la actualidad, la función promocional de los derechos humanos supone para el Estado la realización de acciones positivas, que

⁴⁹ Cfr. A. GARRORENA: *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, p. 47.

⁵⁰ Cfr. M. GARCIA PELAYO: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Universitaria, Madrid, 1977, p. 18; T. C. VAN BOVEN: «Criterios distintivos de los derechos humanos», en *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, op. cit., p. 87.

debe ejercer a través de la legislación y la administración ⁵¹. No obstante, ello no supone —según Pérez Luño— «un debilitamiento de las garantías de la libertad individual, inherentes al concepto clásico de Estado de Derecho, sino que ha significado su aplicación a las formaciones sociales en las que el ciudadano desarrolla su personalidad» ⁵². Por consiguiente, con el artículo 9.2 los derechos humanos —dentro de los cuales se encuadra el de libertad de conciencia— dejan de ser considerados como una autolimitación del poder soberano del Estado para devenir en límites que el principio democrático de la soberanía popular impone a los órganos que de ella dependen. En efecto, el papel de los derechos fundamentales y las libertades públicas deja de ser el de meros límites a la actuación estatal para transformarse en instrumentos jurídicos de control de su actividad positiva, que debe estar orientada a facilitar la participación de los individuos y los grupos en el ejercicio real y efectivo de sus derechos, y más concretamente del derecho a la libertad de conciencia. Será, pues, esta configuración positiva del derecho a la libertad de conciencia la que da carta de naturaleza a la función promocional de los poderes públicos en el ámbito religioso, que supondrá, por un lado, el mantenimiento de relaciones de cooperación con las confesiones religiosas (art. 16.3) y, por otro lado, el reconocimiento de un contenido positivo de este derecho, así como de las medidas necesarias para su aplicación real y efectiva.

En consecuencia, y por lo que al derecho de libertad de conciencia se refiere, la garantía positiva deberá pretender no sólo la promoción de unas determinadas actuaciones o conductas por parte de los particulares ⁵³, sino también instar a la realización de conductas por parte de funcionarios, de servicios que tienen como fin facilitar prestaciones para la promoción de la persona y de su libertad de conciencia e igualdad religiosa. Como señala Peces-Barba, «aquí lo que se promueve es directamente el desarrollo de la personalidad por medio del ejercicio de un derecho subjetivo que genere un derecho de exigir una determinada conducta positiva del Estado» ⁵⁴. Estas

⁵¹ Cfr. J. CAZORLA PEREZ, J. J. RUIZ-RICO y M. BONACHELA MAJAS: *Fundamentos sociales del Estado y la Constitución*, Ed. de los autores (imprime Gráficas Monachil, S. A.), Granada, 1983, p. 508.

⁵² A. E. PEREZ LUÑO: *Derechos humanos...*, op. cit., p. 229. Cfr. C. MORTATI: «Articolo 1», en *Commentario della Costituzione*, op. cit., vol. I, pp. 45 y 46.

⁵³ Cfr. N. BOBBIO: *Dalla struttura...*, op. cit., p. 22; ID.: «Sulla funzioni promozionale del Diritto», en *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, vol. XXIII (1969), pp. 1312-1329.

⁵⁴ G. PECES-BARBA: *La Constitución española*, Ed. Torres, Valencia, pp. 25 y 26.

acciones positivas deberán llevarse a cabo a través de las llamadas «normas de organización»⁵⁵ consistentes —en palabras de Bobbio— en «appunto quella attraverso cui lo stato regola l'azione del propri organi»⁵⁶. Ello debe traducirse en una transformación del ordenamiento jurídico como «ordinamento a funzione promozionale»⁵⁷, que suponga el establecimiento de sanciones positivas⁵⁸ que se dirijan a favorecer las acciones ventajosas más que a castigar las acciones nocivas.

En conclusión, la función promocional supone, en primer lugar, una actuación o acción positiva⁵⁹ de todos los poderes públicos a favor de la libertad de conciencia e igualdad religiosa de los individuos y los grupos en que se integran, a través de un aspecto positivo de promoción o satisfacción, por parte del Estado, de las necesidades para el ejercicio real y efectivo de los mismos, y de un aspecto negativo de remoción de obstáculos que impiden o dificultan dicho ejercicio. Y, en segundo lugar, supondrá su realización a través del Derecho⁶⁰, tanto estableciendo en las normas jurídicas los mecanismos para su promoción (normas de organización), como regulando en las mismas «sanciones positivas» para su cumplimiento (incentivos y premios)⁶¹.

1.3. Concepto y caracteres

Una vez establecida la naturaleza jurídica del derecho a la libertad de conciencia a tenor de la CE, estamos en condiciones de ocuparnos, a continuación, de su conceptualización y caracteres.

⁵⁵ Cfr. N. BOBBIO: «Dell'uso della grandi dicotomie nella teoria del Diritto», en *Rivista internazionale de Filosofia del Diritto*, vol. XLVII (1970), pp. 187-204; F. A. HAYEK: «The Principles of a Liberal Social Order», en *Il Politico*, vol. XXXI (1966), pp. 601-618.

⁵⁶ N. BOBBIO: *Dalla struttura...*, op. cit., p. 23.

⁵⁷ Cfr. G. LUMIA: «Controllo sociale e sanzione giuridica», en *Studi in onore di Gioachino Scaduto*, CEDAM, Padua, 1967, pp. 12 y 13.

⁵⁸ Cfr. N. BOBBIO: «Sulle sanzioni positive», en *Studi dedicati ad Antonio Raselli*, Ed. Giuffrè, Milán, 1971, pp. 229-249.

⁵⁹ Sobre las medidas, Bobbio distingue entre incentivos y premios (cit. en *Dalla struttura...*, op. cit., p. 80).

⁶⁰ Cfr. J. F. GRASTRA: «Conclusions», en *Norms and Actions, National report on Sociology of Law*, R. Treves y J. F. Grastra (editores), Martinus Nijhoff, La Haya, 1968, pp. 289-292; M. REHBINDER: «Le funzoni sociali del Diritto», en *Quaderni di sociologia*, vol. XXII (1973), pp. 103-123.

⁶¹ Cfr. N. BOBBIO: *Dalla struttura...*, op. cit., pp. 23 y 80.

1.3.1. Concepto negativo y positivo de la libertad de conciencia

Con el artículo 16 CE se pretende proteger no sólo la libertad y los intereses religiosos, sino también la libertad de la no profesión religiosa. Del tenor de dicho precepto se puede deducir un primer concepto que vendría referido al ámbito de garantía de los derechos en cuestión. Se reconocería, pues, en este precepto lo que podríamos denominar el «concepto negativo» de este derecho, es decir, el reconocimiento por parte del Estado a toda persona de la consiguiente inmunidad de coacción en el ejercicio del mismo. Nos encontramos, por tanto, ante un derecho subjetivo que tiene por objeto la libertad de conciencia de cada individuo en la realización de los actos ideológicos o religiosos de las creencias, convicciones o religión profesada.

Ahora bien, debe matizarse que en nuestra Constitución, y respecto tanto de la libertad como de la igualdad, viene a completar este derecho el artículo 9.2 de la misma. Aunque esta no es una posición aceptada unánimemente en la doctrina⁶², cabe precisar al respecto que el contenido del artículo en cuestión no excluye ninguna libertad, al tiempo que entendemos que no cabe acudir a la distinción rígida entre lo que se denominan derechos cívico-políticos, por un lado, y derechos económicos, sociales y culturales, por el otro, de tal manera que sólo estos últimos entrarían a formar parte de esa función promocional contenida en el artículo 9.2.

Entiendo que una interpretación próxima a esta configuración por parte del TC haría moverse a los derechos de libertad más cerca de una categoría meramente formal, que a la de su real y efectivo ejercicio, ya que en algunos supuestos el propio derecho a la libertad de conciencia se podría ver impedido o su ejercicio resultar ineficaz. Piénsese a estos efectos, y por poner sólo dos ejemplos, en cuestiones relacionadas con la educación y la enseñanza o en las referentes a la asistencia religiosa en centros públicos, en las que sin la intervención por parte de los poderes públicos con la finalidad de establecer condiciones necesarias para su disfrute por parte de sus destinatarios sería prácticamente imposible el acceso de sus titulares al ejercicio de la libertad de conciencia y de la libertad religiosa⁶³.

⁶² Cfr. G. PECES-BARBA: «Algunas reflexiones sobre la libertad ideológica y religiosa», en *Libertad y derecho fundamental de libertad religiosa*, Madrid, EDERSA, 1989, pp. 53-71.

⁶³ Para un análisis más profundo sobre estas cuestiones, *vid.* referente a la asistencia religiosa J. M. CONTRERAS MAZARIO: *El régimen jurídico de la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas en el sistema español*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1989. Y en relación con el tema de la educación y de la enseñanza, *vid.* J. M. CONTRERAS MAZARIO: *La*

Por consiguiente, su extensión también al derecho de libertad de conciencia supone un salto cualitativo de indudable importancia, ya que supone el paso de un derecho de libertad de carácter subjetivo a un derecho-deber de carácter prestacional, esto es, un derecho público subjetivo de carácter fundamental que contiene en su interior un mandato de actuación positiva por parte de los poderes públicos.

Haciendo referencia a la *acepción negativa del derecho a la libertad de conciencia*, ésta aparece reconocida en el artículo 16.1, lo que supone que el Estado español garantice el presente derecho a través de la consiguiente inmunidad de coacción, tanto respecto de toda persona como de las comunidades religiosas. Ello tiene como consecuencia no sólo su configuración como derecho subjetivo, y por tanto como una facultad frente al Estado, sino que respecto del modo de ejercitarse éste debe ser limitado a un ámbito de autonomía. Con lo que el presente derecho queda enmarcado en una esfera meramente negativa, externa y estática, traducida en un *non facere* del Estado, de terceros y de los propios titulares del derecho ⁶⁴, lo que en definitiva significa una libertad frente al Estado.

El concepto de libertad de conciencia es entonces de contenido negativo, significando el mero reconocimiento a toda persona de una esfera de inmunidad de coacción en el ejercicio de este derecho subjetivo. Los poderes públicos se limitan, en consecuencia, a vigilar que nadie invada o viole el legítimo ámbito de ejercicio de cada persona respecto de sus prácticas religiosas, ideológicas o de culto, reponiendo en el ejercicio de éstas si se producen tales violaciones ⁶⁵. Desde esta perspectiva, Pavan ha configurado a la libertad de conciencia como «zonas reservadas o como esferas dentro de las que cada uno puede libremente respirar, según el ritmo que le es congénito (...) excluida toda injerencia de terceros, y especialmente la injerencia directa de los poderes públicos» ⁶⁶.

Por su parte, la valoración positiva que en la Constitución de 1978 se efectúa respecto de los derechos fundamentales en el artículo 9.2, lo con-

enseñanza de la religión en el sistema educativo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

⁶⁴ Cfr. C. SERRANO POSTIGO: «La libertad religiosa y minoría de edad en el ordenamiento jurídico español», en *Estudios de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico*, homenaje al Prof. Maldonado, Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1983, p. 811.

⁶⁵ Cfr. P. PAVAN: *Libertad religiosa y poderes públicos*, Ed. Peninsula, Madrid, 1967. Para este autor, la mayoría de las manifestaciones de este derecho se produce en este ámbito negativo de protección (p. 11).

⁶⁶ *Ibid.*, p. 20.

vierte —en cuanto tal— en un deber jurídico de actuación por parte de los poderes públicos en orden a la efectividad del presente derecho, es decir, en un mandato constitucional que obliga a estos últimos a facilitar las condiciones necesarias que permitan hacer efectivos los derechos, a través tanto de su promoción como de la remoción de los obstáculos que impidan su plenitud.

Ello supone como consecuencia más inmediata que el derecho a la libertad de conciencia se transforme, en contraposición a la acepción anteriormente señalada, en un derecho subjetivo de carácter fundamental que conlleva un ámbito de *agere licere*, identificable con un *facere*, es decir, en una vertiente positiva, interna y dinámica, resumida tanto en el espacio libre de actuación individual o colectiva del derecho como en el compromiso constitucional del Estado de actuar en orden a que dicho derecho sea real y efectivo, lo que —en definitiva— significa una libertad en el Estado ⁶⁷. Se trata, por tanto, de un derecho subjetivo de carácter fundamental que conlleva una *facultas exigendi* ⁶⁸.

Esta segunda configuración se concreta en una valoración positiva por parte del Estado español respecto del derecho a la libertad de conciencia que le conduce, por un lado, a promover las circunstancias precisas y, por otro, a remover los obstáculos que impidan satisfacer los intereses ideológicos o religiosos de sus ciudadanos. Lo que no debe ser identificado como un acto de valoración positiva de lo religioso en cuanto tal ⁶⁹, ya que dicha interpretación no sería —a mi entender— acorde con el sistema constitucional español en materia religiosa en el que la valoración positiva se realiza justamente respecto del derecho fundamental a la libertad de conciencia ⁷⁰. Se acoge, de esta manera, el concepto positivo del derecho a la libertad de conciencia por el que se reconoce a todos sus titulares la facultad de exigir de los poderes públicos una prestación de contenido positivo.

De todo ello, y a la hora de dar una definición de la libertad de conciencia, entiendo necesario acudir a la realizada por Serrano Postigo respecto de la libertad religiosa. Dicha autora configuraba a ésta como «un derecho, en suma, a la par positivo y negativo, que no consiste únicamente en la inmunidad

⁶⁷ Cfr. C. SERRANO POSTIGO: *Libertad religiosa...*, op. cit., pp. 811 y 813-814.

⁶⁸ Cfr. D. PASINI: «Reflessioni sul problema della libertà negativa e positiva», en *Problemi di Filosofia della Politica*, Casa Editrice Dott. E. Jovene, Nápoles, 1977, pp. 99 y ss.

⁶⁹ En este sentido, Giráldez, para quien el fundamento de la asistencia religiosa está en la valoración positiva que el Estado realiza de lo religioso (cit. en *Consideración...*, op. cit., p. 169).

⁷⁰ Cfr. D. LLAMAZARES: *Derecho Eclesiástico...*, op. cit., p. 231.

de coacción *erga omnes*, sino también, y fundamentalmente, en un bien asegurado al sujeto por el ordenamiento jurídico a través de un doble deber: uno negativo, impuesto a sí mismo y a terceros, y otro positivo en orden a la efectividad del mismo»⁷¹.

Pues bien, partiendo de esta duplicidad de deberes jurídicos, cabe señalar que el Estado español asume igualmente una doble garantía respecto de la libertad de conciencia: una negativa, de protección, y otra positiva, de promoción. Doble contenido y garantía de los que el TC se ha hecho eco en su propia definición dada al respecto en su sentencia número 24/1982, de 13 de mayo, a tenor de la cual definía la libertad religiosa como «un derecho subjetivo de carácter fundamental que se concreta en un ámbito de libertad y en el reconocimiento de una esfera de *agere licere* del individuo»⁷². Se acogen, de este modo, plenamente las dos acepciones antes señaladas, y que podríamos concretar en los siguientes elementos: negativa, externa y estática la primera, y positiva, interna y dinámica la segunda.

1.3.2. *Caracteres esenciales del derecho de libertad de conciencia*

Los caracteres esenciales del derecho a la libertad de conciencia vienen determinados, sin lugar a dudas, por dos perspectivas distintas. En primer lugar, por la propia naturaleza jurídica de la figura, temática ésta de la que ya nos hemos ocupado en el apartado 1.2, lo que hace superfluo volver sobre la misma en este momento. Y en segundo lugar, por los principios informadores básicos de nuestro sistema constitucional en materia religiosa. Ello nos obliga a precisar brevemente cuáles son esos principios y su relación con el derecho a la libertad de conciencia.

De los preceptos del texto constitucional podemos señalar como principios informadores de nuestro sistema político en materia religiosa los siguientes: el pluralismo religioso, la personalización, la igualdad en la libertad religiosa, la laicidad y la cooperación⁷³. En cuanto al *principio del pluralismo*, que aparece reconocido en el artículo 1.1 CE, afirmar que supone, por lo

⁷¹ C. SERRANO POSTIGO: *Libertad religiosa...*, op. cit., p. 814.

⁷² Fundamento jurídico 1 (*Repertorio Aranzadi...*, op. cit., 1982, p. 229).

⁷³ D. LLAMAZARES: *Derecho eclesiástico...*, op. cit., pp. 258-272; J. M. CONTRERAS: *La asistencia religiosa a los miembros de las Fuerzas Armadas en el ordenamiento jurídico español*, Madrid, Ser. Pub. Univ. Complutense, 1988, vol. II., pp. 731 y ss.; D. LLAMAZARES y G. SUAREZ PERTIERRA: «El fenómeno religioso en la Constitución española», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 61 (1981), pp. 29-43.

que a la materia de la libertad de conciencia se refiere, que no pueda desconocerse el mismo como un valor superior de nuestro sistema. Desde esta perspectiva, como señala Llamazares, «el pluralismo se presenta como un valor positivo desde el punto de vista de la realización de la persona como radical libertad: como resultado obligado del respeto que exige la libertad de conciencia personal (de todas las personas) y como el único marco adecuado para la realización, desarrollo y formación de la persona en libertad. Sólo se puede elegir si hay varias alternativas a la vista; sólo es posible la formación libre en la libertad si antes de elegir es posible la previa contemplación imparcial de distintas opciones; sólo se aprende a ser libres siendo libres y ejercitando la libertad; sólo es posible la autorrealización como radical libertad a golpe de elecciones que, en definitiva, son el hilo enhebrador de la vida misma»⁷⁴.

Por su parte, el *principio de personalización* (art. 10.1 CE) conlleva a la consideración de los derechos humanos fundamentales como derechos originarios de la persona humana, por lo que sólo de manera derivada se predica de los grupos donde ésta se integra⁷⁵. Este planteamiento de nuestro Texto constitucional supone que la persona individual y sus derechos inviolables nucleados en torno a posibilitar su desarrollo en libertad, es la razón de ser última de la organización social que cumple así su razón instrumental. Se pone con ello de relieve que la relación entre el Estado y el fenómeno religioso está marcada por el criterio de la personalización, esto es, será la relación del Estado con sus ciudadanos, en tanto que sujetos activos de los derechos fundamentales y libertades públicas, la que predetermina su actitud frente al hecho religioso y, por tanto, también frente a las organizaciones religiosas a las que los individuos pertenecen. En consecuencia, dichas relaciones no podrán ser interpretadas en sentido originario, sino en tanto en cuanto son derivación de las relaciones del Estado español con sus ciudadanos, y con éstos en tanto que son titulares del derecho fundamental a la libertad de conciencia.

En cuanto al *principio de igualdad en la libertad religiosa*, éste supone que los poderes públicos estén obligados a reconocer y garantizar un ejercicio igual del derecho a la libertad de conciencia respecto de sus titulares. Igualdad en la titularidad que no significa igualdad en las formas de aplicación ni en los contenidos por parte de los poderes públicos. Distinción que resulta importante, ya que el principio de igualdad significa igualdad en la titularidad,

⁷⁴ D. LLAMAZARES: *Derecho Eclesiástico...*, op. cit., p. 228.

⁷⁵ *Ibidem*.

pero no igualdad de tratamiento ⁷⁶. Una igualdad en el derecho a la libertad de conciencia y no por extensión de pactos o de relaciones entre el Estado español y las confesiones religiosas. Como ya se ha precisado, nuestro sistema está basado en el principio de la personalización y no de la institucionalización, lo que supone un cambio en la dirección de esas relaciones que va del Estado a sus ciudadanos y de manera indirecta a las confesiones, y no a la inversa. Pero además un derecho que tiene por objeto las convicciones, las creencias y la fe como acto, pero también las convicciones, las creencias y la fe como contenido de dicho acto, junto con las prácticas y actividades en todas sus manifestaciones, tanto individuales como comunitarias, públicas y privadas, a través de la enseñanza, la predicación, el culto, la observancia y el cambio o ausencia de creencias, convicciones o religión y de profesión de las mismas.

Respecto del *principio de laicidad* la consecuencia más importante en su relación con la libertad de conciencia es el hecho de que la valoración positiva por parte de los poderes públicos no pueda venir referida a lo religioso en cuanto tal ni a la satisfacción de los intereses religiosos entre los fines del Estado; o dicho de otra manera, impide que los valores o intereses religiosos se erijan en parámetros para medir la legitimidad o justicia de las normas y actos de los poderes públicos ⁷⁷. Por consiguiente, dicha valoración positiva sólo se puede producir respecto del real y efectivo ejercicio del derecho fundamental individual a la libertad de conciencia. En consecuencia, un Estado que como el nuestro se califica de neutral debe asumir una postura de imparcialidad en relación a los distintos sentimientos religiosos de sus ciudadanos y no puede sustituir a las confesiones religiosas en la persecución y búsqueda de la finalidad propia de estas últimas y, porque, siendo las formaciones sociales con finalidad religiosa los órganos espontáneos surgidos en el seno mismo de la sociedad, el sentimiento religioso presupone la total libertad de la actividad individual y colectiva dirigida a obtener y alcanzar su satisfacción ⁷⁸.

⁷⁶ Cfr. G.SUAREZ PERTIERRA: «Comentario al artículo 14. Igualdad ante la Ley», en *Constitución española de 1978*, dir. por O. Alzaga, Madrid, EDERSA, 1984, tomo III, pp. 277-293.

⁷⁷ Cfr. STC núm. 24/1982, de 13 de mayo, fundamento jurídico 1. En relación a la doctrina, vid. V. TOZZI: «L'assistenza spirituale fra libertà religiosa e principio partecipativo», en *Nuove prospettive per la legislazione ecclesiastica*, Milán, Ed. Giuffrè, 1981, p. 1284.

⁷⁸ Cfr. S. LARICCIA: «L'assistenza spirituale (artt. 11-13)», en *La revisione del Concordato alla prova*, Società Editrice Il Mulino, Bologna, 1977, pp. 246 y 247.

En conclusión, la neutralidad constitucional que se garantiza implica que el Estado español no adopta ni una Iglesia ni tampoco una religión como la oficial y, consiguientemente, que el Estado no es garante del cumplimiento de los deberes impuestos por la respectiva Iglesia o confesión religiosa como organización. Y ello porque, independientemente de cuál sea el origen de la idea de protección de «lo religioso»⁷⁹, su existencia no resulta plenamente coherente con los principios constitucionales vigentes, y resulta inadecuada desde una moderna concepción de la libertad religiosa, ya que responde a postulados superados⁸⁰. En efecto, el interés religioso presenta tanto una vertiente individual como una colectiva⁸¹, pero tan sólo a partir de la vertiente individual de la idea de libertad de conciencia puede intentarse una definición correcta del concepto.

Por último, respecto del *principio de cooperación* debe precisarse igualmente que el bien jurídico garantizado, sea de forma negativa o positiva, es la libertad de conciencia, y que la colaboración con las confesiones religiosas se realiza en cuanto medios instrumentales que hacen posible el ejercicio de este derecho fundamental. Ello implica, en consecuencia, que para la satisfacción de algunos de los contenidos esenciales de este derecho sea necesario el entendimiento y la colaboración con las confesiones, esto es, se requiera una indudable cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas, pero ésta no puede ni debe entenderse como exigencia de la existencia previa de una norma de carácter pacticio para que pueda satisfacerse plena y eficazmente el derecho a la libertad de conciencia. Por tanto, la existencia de una regulación especial pacticia se realizará en la medida en que sea requisito de la efectividad del presente derecho fundamental, empleándose la norma pacticia no en sí misma considerada, sino como una técnica más para la aplicación de aquél⁸². En consecuencia, entiendo que la única cooperación de la que habla el artículo 16.3, obligada para el Estado español, es la que reclame y exija la «promoción de las condiciones para que la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, y la remoción de los obstáculos que dificulten su plenitud del derecho a la libertad de conciencia».

⁷⁹ Cfr. A. C. JEMOLO: «L'interesse religioso», en *Tra Diritto e Storia* (1960-1980), Ed. Giuffrè, Milán, 1982, p. 121.

⁸⁰ Cfr. S. LARICCIA: «L'assistenza...», *op. cit.*, p. 247.

⁸¹ Cfr. G. PEYROT: «Stato...», *op. cit.*, pp. 1045 y 1046.

⁸² Cfr. D. LLAMAZARES: «El principio de cooperación del Estado con las confesiones religiosas: fundamento, alcance y límites», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. V (1989), pp. 69-101.

En sentido negativo, se podría precisar que cooperar no puede significar la unión entre una o varias confesiones religiosas y el Estado español en orden a la común persecución de finalidades religiosas. Toda colaboración que se tradujera en términos de unión entre ambos poderes, entre los fines de uno y otro, convirtiendo, por ello, a los poderes públicos en brazo secular de lo religioso o instrumento político de las confesiones, así como cualquier intento de oficializar o estatalizar las confesiones religiosas mediante su unión o confusión con las estructuras del Estado, serían contrarias a los principios de igualdad en la libertad religiosa y de laicidad, así como al mismo concepto de Estado neutral.

